

Hacia un nuevo sistema penal...
Nueva alternativa a considerar en lo relativo a los derechos humanos y el sistema penal.

Indice

- 1. Antecedentes teóricos previos**
- 2. Aspectos que sobrentiende la proposición de los derechos humanos en la actualidad**
- 3. Categoría actual de humano**
- 4. Configuración nueva del delito**
- 5. Conclusión**

1. Antecedentes teóricos previos

"En la discusión entre el bien y el mal, el pueblo pone las víctimas"

Hemos profundizado la discusión sobre el Derecho Penal, de igual forma con la que hemos abordado todo desde los orígenes de la modernidad; imbuidos por una lógica analítica, es decir, atomizamos la realidad a la mínima expresión, al átomo, la célula, al individuo, y se emancipan en la creencia de que existen sin la prescindencia de un proceso de interrelación dialéctica que, en definitiva, los hace. Para ello se parte por indiscutibles premisas fundantes, tales como:

Dualidad entre el sujeto y objeto, independientes el uno del otro
La existencia de individuos des interrelacionados
Hechos independientes del observador, "puestos" en un mundo dado
El observador como un tercero neutral.
La objetividad como posible

Después de una larga evolución, nos encontramos insertos en propuestas nuevas como el pensamiento complejo que viene de la década de los 60, en el que se construye la variabilidad del mundo en razón de la inagotabilidad de los nexos. Planteamientos que renuevan el objeto de estudio, ahora como actividad no diferenciada claramente del sujeto, toda una interconexión como la metáfora del efecto mariposa. Todo ello se incorpora tanto a la física, química, como a las ciencias sociales, a partir de las teorías sistémicas, constructivistas, etc.

Estas formas de razonamientos históricos son producidos a partir de un cuadro filosófico de mundo, es decir un esquema mental a priori como forma de ver la realidad sobre la que producimos y pensamos. Existe sin duda, en el desarrollo de estos procesos, una actitud conservadora

que se expresa en no cambiar, sino más bien de aplicar, hasta que lo dogmático en un momento de agotamiento, provoca las tensiones que conducen a los cambios de paradigmas como sostiene Kuhn y es a lo que hoy apostamos

Si nos ensimismamos en el Derecho Penal, éste por las mismas razones, diremos ideológicas, porque existe una lógica de pensamiento común o un cuadro de mundo aceptado, ha mantenido e incorporado el mismo proceso mencionado. A lo que se le suma su naturaleza explícita de poder como control social formal.

Si lo traducimos a nuestro lenguaje, en una primera instancia encontramos, los sujetos individualmente considerados (sujetos activos y pasivos), el hecho neutral delito, o relativamente y el Estado. La forma teórica a través de la cual este último realiza la unión de los dos primeros elementos, es impulsada por el causalismo, que representó la apariencia de objetividad, que tampoco hoy mantiene respaldo, ni si quiera dentro la epistemología, sin embargo, hubo un momento en que fue funcional, tanto para la física, las ciencias sociales, como para el sistema que lo impulsó.

Ahora, de acuerdo a la evolución del conocimiento en general, se han venido realizando aportes en nuestro tema como la discusión del bien jurídico, sobre visiones más sistémicas de la sociedad, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de democratizar el derecho penal para un Estado social de derecho, a partir de la incorporación conceptual y valórica de los derechos humanos. Lo que sin duda han sido un gran aporte, estos, para la sensibilización de las conciencias estatales en el proceso de la persecución penal, hoy insuficientes. De acuerdo a lo planteado, este trabajo se desprende de la lógica analítica, generadora de ficción, como lo es buscar lo mínimo de las partes, para insertarnos, efectivamente en la realidad de compleja interconexiones sociales e integrales, por lo que, nos permitimos abandonar el principio de certidumbre como inspira Humberto Maturana, con el objeto de promover las tensiones para potenciar cambios más que proseguir en las aplicaciones consolidadoras de las actuales estructuras porque hay desafíos que no se han cumplido, como hacer real la dignidad humana.

Como señaláramos, existen premisas sostenedoras de nuestra proposición democrática en el tema penal, como la de los derechos humanos, y desde una fe indiscutible en su realidad, construimos todos los principios y nuestras argumentaciones garantistas sobre ellos, e ingenuamente esperamos que funcionen, pero tal vez, nos pasaremos esperando la compatibilidad de lo que se nos proyecta con lo que efectivamente existe, podríamos decir que nos encontramos inmersos en la caverna de Platón, tratando de cambiar la realidad a partir de las sombras.

Con todo, la categoría de derechos humanos, se nos revela como el cuadro filosófico de mundo, y que también expresa una forma concreta de entenderlo. Aparecen tan evidentes, que no advertimos los elementos que se nos adhieren y por ende, los asumimos con sus consecuencias. Es decir, la demarcación dada por la idea de los derechos humanos en el desenvolvimiento del sistema penal, está previamente delimitada por lo que manifiesta implícitamente la idea que con ellos se trae aparejada. En este trabajo, nos proponemos sólo develar la funcionalidad que cumplen como promesa, por cuanto, no compartimos el consecuente que nos lleva a encontrar transgresores en la invocación de la esfera práctica, que se manifiesta en la falta de legislación, o en la falta de disposición o recursos, simplemente. Como si fuera posible creer que los que se encuentran en centros penales algún día podrán verse afectados sólo en su libertad de desplazamiento, claramente no es un tema de recursos, sino ideológico. Para respondernos el por qué un árbol no da frutos, debemos preguntarnos previamente si es un árbol frutal.

2. Aspectos que sobrentiende la proposición de los derechos humanos en la actualidad

De acuerdo a lo planteado, y poniendo a revisión lo que manifiesta el concepto de derechos humanos, aparece necesario preguntarse por qué se nos presenta esta unión monogámica, en el entendido de que se infiere de ello la existencia de humanos previos los que pueden ser considerados como tales aún no se respeten sus derechos que conforma la conciencia histórica de dignidad, dicho en otros términos, la dignidad humana podría dividirse en catálogos, unos satisfechos y otros no y seguir siendo humanos, por una fundamentación basada en un criterio cuantitativo. Actualmente es posible porque existe la noción de un humano a priori, metafísicamente creado; empero entendemos una posición contraria, la dignidad es indivisiblemente histórica, diremos que sólo ahí hablamos realmente de un humano, en ese sentido, sería una reiteración sostener la dignidad humana, sólo se es un humano si se es digno, hablar de derechos humanos sería contradictorio. Sin embargo, para no provocar una discusión de fondo sobre un tema político económico base, el Derecho Penal, obvia esto y nos genera la idea de existencia de un hombre el que se desenvuelve en el campo de los comportamientos de manera ideal Weberiana; lo divorcia de su realidad, en definitiva, crea la idea de un humano y lo proyecta como un ser ahistórico dentro de la categoría de lo individual, para ello, su única posibilidad, es asentar una dualidad de humanos que se deslizan entre los

buenos y los malos, sanos y enfermos; las diferencias sociales se dan, en última instancia, porque unos realizan comportamientos delictivos, con ello el Estado aparece como acreedor de distintas deudas, una en el plano de lo social y otra en lo penal, una con los buenos y otra con los malos

3. Categoría actual de humano

- El humano que sobrentiende implícitamente el Derecho Penal, se origina en la aseveración de un individuo, de tal forma que es posible su existencia en la consideración aislada, sin una raíz a tierra con invariabilidad de nexos. Un individuo que existe previamente a su consideración anterior de humano digno, mas se le exige que actúe como tal, trascendiendo sólo un comportamiento aislado. No se consideran las condiciones dialécticas que lo construyen como un mínimo social. Uno humano que nace para el Derecho Penal sólo desde el comportamiento "malo" que realiza y que se hace coincidir al conflicto arbitrariamente seleccionado como diría Zaffaroni, expresado en la norma, es decir, el análisis de él, como sujeto social, sólo se refiere al resultado delictivo que lo agota, lo demás es irrelevante, el único momento posible de revisión del actor social, se encuentra retraídamente en la culpabilidad entendida sólo democráticamente como por ejemplo, plantea Juan Bustos. Lo que se desprende por la consecuencia de entender a uno humano en términos individuales. En este artificio todos son iguales, por cuanto, reproducen una elaboración, no expresan mínimos dialécticos formados en procesos de interrelaciones sociales, históricos distintos, se buscan las diferencias que expliquen estas desviaciones en el terreno también de lo individual. Para ello, se les disección de la sociedad en un laboratorio, tratando el observador neutral amparado en la objetividad de la norma preestablecida, llámase Estado, de analizar un acto delictivo que se auto generó en el propio individuo, mas no hay una respuesta a lo sucedido desde el funcionamiento del tejido funcionando, por supuesto, con el propio Estado incluido.

Es un individuo inmerso en un mar de posibilidades, cuyas decisiones provienen desde el interior de sí, son personales. El tratamiento metodológico proviene de una ciencia que lo observa y lo interpreta, llámese psicología, que lo traducen en conductas patológicas, o desde la sociología, en una socialización deficiente, incluso del ámbito valórico, como un sujeto pecador y malo.

Se sobrentiende un individuo al que se le otorga plena posibilidad de potenciarse como tal dentro de una sociedad que otorga igualdad de alternativas, por consiguiente, el camino divergente que explica que unos desarrollen conductas delictivas y otros no, queda entregado exclusivamente a este individuo, él es quien, en definitiva, escoge y realiza un comportamiento. El hecho de que nuestras cárceles están aglomeradas por los mismos de siempre, obedece a que ellos así lo escogieron; lo único en que se diferencian, es la elección privada de tomar mal el camino. También comprende el sobrentendido a un humano racional, dejando claro que el hecho delictivo es una anulación de aquella capacidad, produciéndose una disociación incomprensible desde la "normalidad" de un actuar movido por el interés pasional, a diferencia de un humano que tiene autoconciencia de su racionalidad, y que actúa conforme a ella en libertad. En definitiva, retomando lo expresado hasta ahora, diremos que existe un cuadro ideológico de mundo como esquema preconcebido que nos conduce el pensamiento y la discusión, que en términos generales dentro de las categorías universalizadas, se nos perfecciona en la metáfora de un sujeto diverso del objeto que lo observa neutralmente y que no tiene interferencia porque se reitera la idea del individuo autogenerado, y por lo cual, con el acto delictivo, se produce recién la estaca Rousseaiana que separa a los sujetos, (claro que Rousseau la puso al momento de que alguien dijo "esto es mío") sólo ahí se evidencia la explicación del por qué unos están de un lado de los barrotes y quienes del otro; es ahí donde el Estado percibe neutralmente la existencia de dos tipos de individuos, unos que por razones psicológicas, sociológicas o de errada libertad en la elección, realizan tales comportamientos y que se ven enfrentados al sistema penal.

En esta concepción, los derechos humanos ayudan a posesionar el concepto expresado de individuo. Más aún, se posibilita la separación de ámbitos, los específicos para lo penal, además no se suman, se restan, se dejan de tener unos derechos para tener otros como si no fueran los mismos humanos.

Como se dijo, este individuo a considerar por el sistema penal nace como diferencia a partir de un acto delictivo en el que queda cosificado, pero dentro de esta investigación del día y hora, resulta conveniente asegurar algunas garantías, pero no en razón del sujeto, sino más bien para el fin de que el Estado pueda seguir desenvolviéndose dentro de la autoconstatación del poder en una dinámica de legitimidad, es decir los derechos humanos de alguna forma instrumentalizan al humano.

Si llevamos esto a un plano meramente jurídico, el delito, en su sistematización concreta traduce lo mismo con otro lenguaje. Así, la clásica trilogía tipicidad, antijuricidad, culpabilidad lo manifiesta en los siguientes términos generales:

Se parte el análisis penal con un comportamiento que es igual a una acción u omisión del que todo el aparato social y estatal se encuentran como observador ajeno, porque es realizado por el individuo único productor, comienza y termina con él, con la sutileza de neutralidad, lo que asiste a desentenderse de los procesos reales dialécticos que forman a los humanos sociales e históricos. Además, lo que no diga relación con el comportamiento, se elimina a la criminología, o sicología, etc. Por ello se hace indiscutible cualquier otro tema que no sea partir de la acción u omisión. Una vez constituido el comportamiento, se busca un tipo penal adecuado, originándose una metamorfosis entre el sujeto y el tipo penal (incluido el derecho penal), reduciendo el primero al poder del segundo, lo que se apoya en las ideas del respeto a las garantías de igualdad. En la tipicidad se analizan los elementos objetivos, los actores son sólo dos, sujeto activo, y sujeto pasivo, predefinidos, propios del escenario de la acción, el quien la realizó, y a quien, los objetos, la hora concreta, el clima, etc. Para los que dan un contenido más profundo a la tipicidad sitúan los elementos subjetivos, como el dolo y la culpa, es decir, la subjetividad vista desde un individuo el cual, realiza conductas motivadas por una intención absolutamente pensada al instante de llevar a cabo la acción, "por la acción y para la acción", momento privado de resolución motivacional en la que no interviene nadie más que él. La intención es un tema que sólo se resuelve a criterio instintivo, que no involucra nada, es neutro.

En la antijuricidad se ve lo contrario que resulta ese comportamiento frente al ordenamiento jurídico, ámbito que da un grado de permisibilidad al individuo ya sea desde el plano formal o uno material, como afección al bien jurídico, pero sólo desde la consideración del resultado realizado, además de estar previamente autorizados con requisitos establecidos taxativamente. Y la culpabilidad, lugar propio de la consideración del sujeto, se agota en la realidad individual de él, su estado psicológico, etc. , cosificándolo en el delito (sin entrar a las posiciones que prevalecen la dignidad de la persona como las del profesor Bustos)

En definitiva, dentro de la misma situación, la pena resulta de entero justificada, se le aparta, encierra, separándolo del resto de la sociedad, y sobre el que hay que hacer un esfuerzo para rehabilitarlo. Cuadro científico presente: individuos (enfermos, mal socializados, malos,

depende de la posición del científico) + comportamiento que viola una norma penal, (tipicidad) que hace un daño y no tiene ninguna justificación (antijuricidad) no tiene ninguna excusa para no poseer autoconciencia (culpabilidad) = separar y rehabilitar para que asimile la lección y no lo haga más (pena).

Esta fórmula legitimada implícitamente, necesita un refuerzo político, algunos principios garantistas, fundados sobre presupuestos que no se revisan constantemente.

Todo lo anterior expresa temas de fondo, la evasión de la discusión estructural, para debatir analíticamente sobre el catálogo de los derechos humanos, de a uno, como si la dignidad fuera divisible

Lo que expresa el término derecho: El entorno dentro del cual se sitúan los derechos humanos es el Derecho, lo que no se recuerda como una obviedad, sino como el segundo momento de esta relación monogámica que señalamos al principio, es la instancia del proceso definitorio del humano. Este se nos proyecta como un humano individual, él es el único que puede exigir, son **sus** derechos subjetivos. La responsabilidad estructural del Estado con respecto a la dignidad, se diluye en la atomización a cada individuo expresado en los catálogos, "el derecho a..." Con todo, el sistema penal está entramado de forma tal, que no es compatible con la dignidad. Se mencionan los derechos humanos declarando su existencia en la aplicación individual, lo que permite movilidad, y la falta de aplicación obedece a particularidades, dejando a salvo la estructura, no es un tema a discutir desde lo macro, sino en un micro momento, en un individuo – el mismo de siempre-. En esa lógica, los derechos humanos, se nos aparecen como anexos, son, digamos, actores invitados, por lo cual, puede funcionar a nivel incluso de reconocimiento declarativo, pueden encontrarse sólo en la escritura; por lo general no actúan porque pondrían en evidencia a los actores principales. (qué pasaría si las cárceles fueran lo que dicen que son, y hubiese efectivamente comida, educación, escuelas...); en matiz jurídico, los derechos humanos se encuentran inmersos dentro de la legitimidad que necesita el Estado en su proceso de autoconstatarse, y para ello es necesario sólo su enunciación, porque para la práctica, no los necesita, le basta la legitimidad que se posiona a través del discurso comunicacional o científico, del "delincuente", sujeto malo, seguridad ciudadana, por lo cual, ni si quiera la sociedad los exige, ella, por el contrario, espera una fuerte represión, y el tema del respeto sólo nos preocupa a algunos, al imputado, y a su familia, ya que "no importa que no se le respete el derecho humano de un perverso" .

Por eso cuando sostenemos que los derechos humanos en el plano del Derecho Penal son un límite al poder punitivo del Estado, podemos caer en un terreno de legitimar justamente lo que cuestionamos, podrían sólo expresar incluso sólo un posesionamiento, por cuanto se los reconoce en la teoría, mas no en la práctica, lo que le permite a la vez de legitimarse en el fundamento (reconocimientos legales) y en el accionar (se vale de la excusa del término "delincuente" que no merece respeto). Todo perfecto, menos para el que entra al sistema y que no tiene, ni recursos, ni publicidad. A partir de esta conceptualización nos replanteamos el tema de los derechos humanos y en especial en el ámbito del derecho penal

Nuevo planteamiento a considerar
Para poder comenzar a instalar la verdadera vigencia de los derechos humanos en el ámbito penal, hay que partir desde la esencia, ellos mismos. Es fundamental replantear al humano, y reconocer que no es posiblemente real hacer una disociación entre humanos que se diferencian a partir del comportamiento delictivo, no puede congelarse la realidad en un laboratorio; cuando se realiza una disección a un humano, lo que menos hay es un humano, por lo cual, el punto de partida no puede ser un comportamiento propiamente tal, porque el humano que lo realiza, es en sí un proceso, cognoscente, un proceso psicológico, social, ambiental, es decir, no es ni un ser ahistórico, ni individual, es un humano haciéndose dialécticamente en la sociedad, y desde ahí hay que iniciar, de lo real. El Estado no puede diluirse en garantizador de unos derechos humanos para libres y no libres (procesalmente hablando) en que por un lado se presenta antes del delito como un humano que necesita salud, educación, etc., como derechos humanos a garantizar y derechos humanos para un actor penal obviando los anteriores. En el entorno del sistema penal en que se discute el derecho humano del debido proceso, más no el de la educación, salud, alimentación, etc. (dualidad sutil)
De lo que se trata es de dar realidad al desafío pendiente y para ello es necesario tener presente la definición ontológica que expresamos de humanos, reafirmados en la indivisibilidad de la dignidad, es decir, o se es un hombre digno, o no se es, por lo tanto, si no se materializan en él las condiciones que lo pueden definir como humano históricamente hablando, mal se cumple el requisito básico de poder exigirle comportamientos de humanos "ideales" y que respondan lo que en teoría plantea el Derecho Penal. Al hacerse una abstracción de las acciones que se incluyen en los tipos penales, se hace la abstracción metafísica de los sujetos también. Si realmente se plantea el respeto a los humanos en el sistema penal se debiera

cambiar la reducción de "el que..." e incorporarse "el humano que.. afecte tal bien jurídico." concepto que puede poner en evidencia las condiciones que se tienen previamente que entender. Para ejemplificar : Un humano (es decir aquel digno) que saca de otro una cosa sin su consentimiento, queda dentro del tipo penal "el humano que..."y por lo tanto debe responder. Aquel que no tiene en él lo necesario para ser un humano (digno) y que saca de otro una cosa sin su consentimiento, estaría cumpliendo sólo la parte "el que...", y por lo cual lo faltante para que se responda por un hecho "el humano" debe exigirse al Estado, a la sociedad sus responsabilidades, lo que significa entre otras cosas su revisión.

4. Configuración nueva del delito

Podemos insertar lo dicho en el sistema penal a través del propio bien jurídico, entendido como fórmula sintética compleja de una relación social digna concreta y dialéctica, y su afección, por lo tanto, también se podría expandir a la dignidad, incluso, del propio sujeto que realiza un comportamiento. En ese sentido el hecho a considerar, ya no se agota en una acción u omisión, sino en un proceso que debe ser considerado en forma integralmente histórica que abarque a un ser como mínimo social. Por lo cual, no al hecho propiamente aislado, sino a un hecho de totalidad de nexos y complejos dialogales como sostiene Callies, que se producen ahora entre lo que expresa el tipo penal que se define desde el bien jurídico: " el humano que...afecte tal bien jurídico ... tendrá la pena " Lo que provoca una nueva definición del "hecho" ya no el sucedido a una hora, en un lugar, sino es uno que se conforma de nexos dialécticos y por ello no disectable neutralmente en un laboratorio, por cuanto el laboratorio también está en él, la acción u omisión no lo agotan. Los sujetos intervinientes conllevan en sí, la especificidad de la sociedad, no nacen en el comportamiento, ni mucho menos expresan una individualidad. El Estado como sujeto tiene que incorporar en su juzgamiento la falta de humano que se enfrenta en el juicio, mientras no exista, no se cumple el requisito para su exigencia como tal, el Estado debe asumir, por consiguiente, para resolver, el hecho complejo del cual él forma parte. Sujeto activo del delito: es un mínimo social activo, en él hay una totalidad en especificidad concreta de lo que no se puede desentender. Cuadro dialéctico fundante: Un no humano (el que no tiene satisfechas condiciones de dignidad) debe responder por su hecho, y lo faltante el Estado.

Con la referencia a un hecho social, que debe ser considerado como un hecho dialéctico interrelacionalmente ontológico, no atomizado en sus elementos, como fijar la atención sólo en una acción u omisión que sólo es un momento del hecho total. Por lo cual la atribución del hecho ya no es a la tipicidad, sino a lo que efectivamente se debe atribuir: a la relación social dañada en la dignidad . Con ello no hay posibilidades de confusión en la protección, por cuanto, hoy un tipo penal protege la vida, pero sobre la base de un sujeto activo individual, pues que un hombre se muera por no tener acceso a la salud, se diluye como bien jurídico, entendido como una relación social digna. Por lo tanto, si queremos plantearnos el tema de los derechos humanos en el sistema penal, lo primero a considerar es el respeto de que el humano responda por su participación real en el hecho así considerado. El verdadero límite material al poder punitivo del Estado consiste en que él asuma su calidad de actor en tal hecho y que no lo deposite en el llamado individuo. La incorporación del tema de los derechos humanos al sistema penal sólo formalmente se ha profundizado. En síntesis, el primer elemento a considerar, es el bien jurídico, entendido como relación social desglosada en el sujeto que lleva consigo una relación social por ser él un sujeto histórico dialéctico; el sujeto pasivo y la víctima surge como un sujeto social que es afectado en la relación social en la que también es una relación social a discutir y rediscutir en sus orígenes; el Estado en su obligación de llevar al humano al estrado debe acompañarlo y responder por su hecho, como la sociedad. Por lo tanto, el delito debe ser considerado como una relación social compleja, no atomizada, ni objetivada neutralmente, ni en forma abstracta, con un tipo ideal de humano ficticio. En ese entorno, la definición tripartita fórmula aplicable a un comportamiento (acción u omisión) perdería su expresión en

- Estudio real del hecho (total)
- Configurándose con posterioridad el sujeto activo, no siendo el que realiza la acción típica como modelo abstracto, sino el que realizó el hecho desde sus orígenes; como así mismo la existencia del sujeto pasivo, y todos los elementos objetivos, pues el objeto del delito no es sólo el cuchillo
- Una vez aclarado esto, recién estamos en condiciones de atribuir el hecho bien jurídico
- y el principio de lesividad debe sobredeterminarse a la antijuricidad, el que no está definido como contravención al ordenamiento jurídico, sino primeramente como daño a la dignidad, es ella la base de un bien jurídico como relación social valiosa, la no existencia de un humano es

un tema a considerar al momento de aclarar el hecho, en la afección a éste.

- La pena para un humano, consiste en que él responda sólo por su hecho, en el hecho integralmente considerado, y que el Estado lo reconstituya.
1. En una sociedad de humanos, responderán íntegramente como humanos por los hechos igualmente considerados de manera compleja
 2. En una sociedad que no se han dado las condiciones para lo primero, los sujetos a responder, se diversificarán en tantos como responsabilidades se atribuyan, al Estado, a la sociedad; el hombre por una acción u omisión dado el caso, como materializador último momento del hecho dialéctico que afecta al bien jurídico como relación social digna, como podría darse el caso que los responsables fueran la sociedad, el Estado.

5. Conclusión

Un humano es indivisible en su dignidad histórica. A los esclavos no había que mejorarles la comida, había que liberarlos. Cuando se plantean al nivel de idea algunos temas, es porque las condiciones materiales para pensarlos existen, por lo tanto, si se ha de caminar ha de ser con el fin de llegar a materializarlos. El freno ideológico que se nos presenta para ello, es la imposibilidad práctica, lo que es obvio cuando se cuestiona el poder, en el que son incompatibles. La verdadera utopía es discutir utopías. Se dice que tal vez lo más real que existe hoy, es disneylandia, pues es lo único que realmente se sabe que está construido dolosamente como una mentira.